# POR
# DON ALONSO DE VARGAS, POSSEEDOR DEL MAYO-
razgo, que fundaron Pedro de Vargas Sotoma
yor su abuelo, y don Iuan de Vargas
su padre.

## CON

## *DOÑA VITORIA DE CAMINO.*

1 SVPONESE, que Pedro de Vargas de Soto mayor, abuelo de don Alonso, que litiga, en el testamento, debaxo de cuya disposicion murio, que se otorgò en 12. de Agosto de 1608. dixo, que por quanto el tenia tratado con don Iuan de Vargas su hijo, que huuiesse en su legitima las casas de su morada, como el las auia auido de doña Luisa de Ayala, y sus hermanos, para que las tuuiesse vinculadas para si, y sus hermanos, y sucessores, y el lo auia consentido assi, y mediante esto las auia empeçado a labrar a su costa: en cumplimiento de lo tratado le dexa las dichas casas, por auer sido de sus pasados, para que las tenga vinculadas, e inalienables, debaxo de ciertos llamamientos que expressó, y està la clausula a fol. 99.

2 Muriò Pedro de Vargas, y hizose particion de sus bienes, y de los de doña Beatriz de Ayala su muger entre el dicho don Ioan, y doña Ioana de Vargas su hermana, hijos ambos de los dichos Pedro de Vargas Sotomayor, y doña Beatriz de Ayala, la qual se empeçó en 23. de Mayo, y se aprobô por el Iuez en 17. de Diziembre de 1619. Y en ella vuo de auer don Iuan de Vargas 5. quentos 70U101. marauedis, y entre los bienes en que se le pagaron fue vna partida delas dichas casas, que los partidores refieren que se las auia dado su padre en vida vinculadas, para que las goze con el vinculo, y segun y como se cõtiene en el testa



mento

mento del dicho Pedro de Vargas Sotomayor su padre, y con los mismos llamamientos del, y para la quenta de lo q̄ auia de auer se le apreciaron en 1U500 ducados: y la sentē cia de aprobacion se notificò a las partes, que la consintieron expressamente, en cuya virtud se executò: consta del testimonio a foj. 107.

3 Don Iuan de Vargas ganò facultad de su Magestad en la forma ordinaria, para hazer de sus bienes vn mayorazgo, y en el testamento cerrado que otorgò en dos de Enero de 1632. y se abrió, y publicó en 4 del mismo mes, y año, vsando della hizo vn vinculo y mayorazgo, en que entra diziendo assi: *Demas de las casas principales a Santiago el Viejo, que fueron de la morada de mi padre, y yo recibi vinculadas de su merced, y con este cargo las entrê a posseer, y me fueron adjudicadas en la particion de sus bienes, y de sus labores, y edificios nueuos que yo huuiere hecho, y labrado en ellas despues que las tengo, y posseo hasta oy, y que adjudico como obradas, y hechas en bienes vinculados, adjudico al dicho mayorazgo los demas bienes que abaxo irā declarados:* y consta por otro testimonio a foj. 84.

4 Murio don Iuan de Vargas por Enero de 32. como está dicho, y entre doña Luisa de Padilla su muger, y cinco hijos que quedaron de ambos, de los quales era vno don Pedro el primogenito, y posseedor del mayorazgo, que queda referido, que tambien fue mejorado en el tercio, y quinto, y el otro don Alonso de Vargas, que oy litiga: se hizo particion de sus bienes, que se empeçò en seis de Febrero de 32. y en 15. de Diziembre de 35. Bartolome de Auila Rioja contador nombrado por todas las partes la presentò ante el Iuez, y auiendose dado traslado della, se hizieron otros autos. Y en 18, de Março de 39. el Iuez la aprobô, y confirmô, y se notificò a las partes, q̄ la consintieron, y los bienes del dicho don Iuan de Vargas que quedaron netos para partir, sacadas las deudas, fueron 15. quentos y tantas mil marauedis, de los quales huuo de auer doña Luysa de Padilla por la dote, 3. qs. 670U572. marauedis por las arras 375U. marauedis, por la mitad de bienes multiplicados 3. qs. 450U026. marauedis, que las dichas tres partidas con mas otras que se le adjudicaron

par a

para pagar deudas, importarõ 15.qs. 233U140. marauedis, y todas se le satisficieron, y los demas bienes se partieron entre los dichos cinco hermanos, adjudicando al dicho don Pedro demas de su legitima, el tercio y quinto en que fue mejorado, demas de las casas vin-culadas con sus mejoras, que no entraron en la particion, ni se pusieron en el inuentario de bienes libres, que hizo, y presentò doña Luysa, y consta todo del testimonio a foj. 109. que este, y el que queda referido en el num. 2, se presentaron en el acuerdo despues de visto el pleito en primera instancia.

5 Y aunque, como queda aduertido, la particion se auia empeçado desde el año de 632. no se cõtinuaua por diferẽtes pretensiones que tenian las partes, que no se ajustarõ hasta 21. de Abril de 634. q̃ por vna cedula simple, que parece la firmô don Pedro de Vargas posseedor del mayorazgo: don Alonso de Vargas que oy litiga, y doña Luysa de Padilla su madre, se conformaron, y entre los capitulos de la conformidad de esta cedula ay vno, que a la letra dize asi. *Que por la pretension que mi señora doña Luysa de Padilla tiene a las mejoras, que el señor don Iuan de Vargas hizo en las casas principales, diziendo, que le pertenece la mitad dellas por la mitad de su multiplicado, por auerse hecho durante su matrimonio, y por parte del señor don Pedro se pretendia lo contrario, dizienno auerse hecho en casas vinculadas: por quitarse de pleitos se han conuenido en que se le den a la dicha señora doña Luisa dos mil ducados adjudicados en las dichas mejoras, con que se satisface por esta pretension, y los dichos dos mil ducados los da y adjudiea la dicha señora doña Luisa al dicho señor don Pedro, para en quenta y parte de pago de los 3U. ducados que le prometio de darle de sus bienes, quando casó con mi señora doña Vitoria Camino, de que se ha de hazer escritura a parte.*

6 Esta cedula se quedò asi desde el año de 634. que se dize auerse hecho hasta el año de 35. que por Diziẽbre del doña Luisa de Padilla por si, y como tutora de doña Beatriz de Vargas su hija incapaz, y Pedro Garcia Moreno curador ad litem de don Garcia, y doña Francisca de Vargas dos de los hijos del dicho don Iuan, la presentaron ante el Teniente, que ofrecio informacion de vtilidad, y pro-

uecho

uecho, y pidio licencia para otorgar escritura de aquel cõcierto; y auiendo precedido lo vno, y lo otro, la otorgaron doña Luisa de Padilla, don Alonso, y doña Francisca de Vargas, dos de los dichos hijos y herederos en diferentes dias de Iulio, y Agosto de 1636. y en ella se repite, que los 2ฃ. ducados que auia de auer doña Luisa en las mejoras de las casas, se los adjudicaua a su hijo don Pedro por quenta de los 3ฃ. ducados que le auia ofrecido quando se casò: y añade: *Con lo qual el dicho mi hijo quedase con las dichas casas, y sus mejoras, para las gozar libremente, y los dichos mis hijos vienen en ello, y que el dicho su hermano goze delas dichas casas como de ma mayorazgo.* Aceptando esta escritura don Alonso, y los demas sus hermanos, dizen: *que renuncian y vinculan en fauor de el mayorazgo, y sucessor, y posseedores, y mejoras del el derecho que pudieran tener a las dichas casas, para que enteramente goze de todo el posseedor del mayorazgo.* Y don Pedro acepta la escritura con esta calidad, aunque no parece auerla otorgado, y està desde foj. 14.

7 Murio don Pedro de Vargas sin sucessor, ni testamento, y assi por su heredera de los bienes libres quedó su madre doña Luisa de Padilla, y por sucessor en el mayorazgo don Alonso de Vargas su hermano, el qual en dos de Agosto de 1638 en virtud del mandamiento de Pedro de Soria tomó possession, y amparo de las dichas casas por bienes del dicho mayorazgo, y como posseedor del: consta del testimonio a foj. 46.

8 Doña Vitoria del Camino muger legitima de don Pedro, executò a sus bienes por 16ฃ. y tantos ducados de su dote: y en quatro de Mayo de 39. hizieron entre ella, y doña Luisa de Padilla, como heredera de don Pedro, cierta escritura de trãsacciõ, y entre otras partidas q̃ doña Luysa adjudicò en ella a la dicha D. Vitoria fue vna los 2ฃ. ducados, q̃ la misma doña Luisa auia adjudicado antes al dicho don Pedro en las mejoras de las casas, en parte de pago de los 3ฃ que al suso dicho ofrecio quando se casò, por quenta de la legitima que le pudiesse tocar de sus bienes, en los quales auia buelto a suceder como heredera de su hijo: y esta escritura està desde el fol. 1.

6 Supuesto

9 Supuesto este hecho, y despues de estar don Alonso en la quieta y pacifica possession de las dichas casas, que auia tomado judicialmente por bienes de su mayorazgo: desde dos de Agosto de 38. empeçò este pleito, en dos de Iulio de 1639. q por doña Vitoria fuerõ presẽtadas las dos escrituras que quedan referidas en los num. 6 y 8. pidio possession de los dos mil ducados que dixo tenia de parte en las dichas casas conforme a ellas: està la peticion a foj. 36. mandosele dar, y tomò a foj. 39. a fo. 73. la contradixo don Alonso como posseedor de su mayorazgo, y de las dichas casas, alegando razones de su contradicion, sobre q̃ se recibio el pleito a prueba, aunque no se hizo ninguna por las partes el juez ordinario amparo a doña Vitoria en la possession q̃ auia tomado de los dos mil ducados en las mejoras de las casas, reseruando a don Alonso su derecho para que lo siga como le conuenga. Esta sentencia està confirmada en vista, y suplicado por parte de don Alonso, y està el pleito visto en reuista.

10 His in facto suppositis: pretende don Alonso que se hã de reuocar ambas sentencias: y para fundar los agrauios de ellas, diuidiremos este papel en dos articulos. En el primero se fundarà, que la escritura que se pretende executar es nula, y no pudo perjudicar al mayorazgo. Y en el segundo, que esta excepcion està legitimamente opuesta en este juyzio.

## ARTICVLO .I.

*QVE la escritura, que se pretende executar para en quenta al mayorazgo, y posseedores del, fue, y es nulla, y no les puede perjudicar.*

11 Aunque esta escritura no està otorgada por don Pedro, que a la saçon posseía el mayorazgo, y la firma de la cedula q̃ se dize ser suya, y ni està reconocida ni comprobada, que bastara para excluir la pretensiõ que se funda en ella, no hazemos mucha instancia en esto: porque los demas fundamentos de la nulidad son tan firmes, que no tienen necessidad de ayudarse de este.

12 No se puede dudar, ni lo niega doña Vitoria, que las ca-

sas sobreque se litiga, son vinculadas, y de mayorazgo, assi por la fundacion que de el hizo Pedro de Vargas de Soto mayor, como por la ratificaciõ, que en virtud de facultad Real hizo despues don Iuan de Vargas su hijo, en que de nueuo incluye las dichas casas, con todo las mejoras que el huuiesse hecho en ellas, como queda aduertido n. 1. & 3 de los supuestos del hecho. Y aunque a la vista del pleyto se quiso poner duda en el primer titulo del testamento de Pedro de Sotomayor, diziendo, que el grauamen de vinculo que pretẽdio poner en las dichas casas auia sido en perjuyzio de la legitima de don Iuan su hijo, que no consta q̃ lo huuiesse acetado. Esto se conuence cõ euidencia de los autos, lo vno, porque como consta de la particion de los bienes del dicho Pedro de Sotomayor, que queda referida en el n. 2. al dicho don Iuan, como a vno de dos herederos le tocaron 5. quentos, 70U. 101 mrs. con que el valor de las dichas casas que en la particion se estimaron en 1U. 500. ducados, cabe muy biẽ, no solo en el tercio, que bastara, para que el padre las pudiesse vincular, supuesto que tuuo dos hijos, como en el mesmo n. 2. se refiere: pero en el quinto, con que tambien pudiera, aunque fuesse don Iuan hijo vnico. Lo otro, porque tampoco se puede dudar de la acetacion, porque consta del testamento del dicho Pedro de Sotomayor, en que dize, que estaua de acuerdo con su hijo de que se le vinculassen las casas de la particiõ de sus bienes en que los partidores en execucion del testamento, se las adjudicaron con el cargo y grauamẽ del vinculo: y vltimamente, de la segunda escritura que el mesmo don Iuan otorgò, ratificando y aumentando el mayorazgo, en que declara que las recibiò vinculadas. Y por esto, y porque para el intento de don Alonso bastara este segundo titulo, seria error gastar mas tiempo ni papel en este punto.

13 Supuesto, pues, que las casas sõ de mayorazgo, estamos en los terminos de la *ley* 46. *de Toro*, que expressamente decide, que todos los gastos y mejoramientos que se hizierẽ en las ciudades, villas y lugares de mayorazgo. *Y assimismo los edificios que de aqui adelante se hizieren en las casas de mayoraz*

go

*go, labrando, o reparando, o reedificando en ellas, sean assi de mayorazgo, como lo son las Ciudades, villas, y lugares, y heredamientos, y casas donde se labraren.* Y añade: *Mandamos, que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos, y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado a dar parte alguna de la estimacion; o valor de los dichos edificios a las mugeres del que los hizo, ni a sus hijos, ni a sus herederos, y sucessores*

14 La generalidad de esta ley ha parecido a algunos tan rigurosa, que Palacios Rubios la acusò por iniqua, y con mucha satisfacion dixo, que esperaua, que se auia de derogar andando el tiempo, quiçà porque siendo el vno de los que se hallaron a hazer y ordenar las leyes de Toro, no votò esta, y preualecio el parecer de los demas. Y quando la acusacion fuesse justa, como aduirtio el señor don Luis de Molina, *en el lib. 1. de primog. cap. 26. num. 15. hodie præcissé seruãda est; sic enim lex scripta est, quamuis rigorem contineer videatur, l. prospexit cum similibus, ff. qui, & à quibus:* pero no passan por esta censura los demas regnicolas, que se arman de diuersas razones para justificar la ley, y defẽderla dela acusacion de Palacios Rub. no siendo el principal despues de los Taurinistas, el señor Doctor Luys de Molina en el mesmo lugar *desde el vers. quamuis autem, Matienço l. 6. gloss. 3. á num. 8. y el señor don Iuan del Castillo tom. 5. cap. 65. num. 59. y 88.* a que remitimos las razones de la defensa, porque no las emos menester para la de don Alonso.

15 En los terminos desta ley ay algunas questiones disputables, como son: si tambien se comprehende en ella el derecho de la dote, de manera, que aũque la muger del que huuo las mejoras no halle otros bienes de que cobrarla, no puede pedirla a los bienes mejorados del mayorazgo: y aunque la razon de decidir de la ley que pondera el señor doctor Luis de Molina, y los demas escritores, melioris notæ lo cõprehende todo, no ha faltado quien templando el rigor de esta decision, diga lo contrario como es Garcia, *de expensis cap. 13,* que en el *num. 48.* limita la disposicion de la ley, quando tota dos in meliorationibus consumpta fuit: *Burgos de Paz q. 7. num. 51. Thomas Sanchez en los con-*

*sejos*

sejos morales *lib. 4. cap. 1. dubio 30. per totum*: y aun Iuan Gutierrez *lib. 2. practicar. q. 84. a quien refiere Mieres 4. parte, q. 33 nu.* 24. harto atreuidamente lo estiende, no solo a los acreedores que prestaron su dinero ad refectionem, & conseruationem bonorum maioratus, que es la que auia dicho el señor don Luys de Molina, *lib. 1. cap. 10, num. 18.* sino a todos los hypotecarios mas antiguos que las mejoras; y la razon de diferencia que dan entre las ganancias de la muger, y su dote, y entre los hijos, de vna parte, y los acreedores de otra, es que aquellos están expressamente mencionados en la ley, y los acreedores omitidos. Otra questiō disputable es, si ya que la muger no pueda pedir al sucessor del mayorazgo lo que le toca por la mitad de multiplicados en las mejoras hechas en los bienes del, lo podrà pedir al heredero de los bienes libres del que las hizo: y Ayora *de pactionibus 1. p. cap.* 10. rectè quidem, & cum iudicio, dize, que si; de que infiere, que esta ley 46. no dispuso en perjuizio de las mugeres, sino en fauor de los sucessores del mayorazgo: aunque Castillo ab eo relato, dixo lo contrario Iuan Gutierrez *vbi supra num. 3.* diziendo, que es question muy dificil, remite la resolucion della a Burgos de Paz, quæst 8. per totam. Otra question disputable es: si esta ley se ha de entender con generalidad de las mejoras hechas en todos y qualesquier bienes de mayorazgo: y Matienço vbi supra, num. 11. con otros muchos que refiere: y Thom. Sanchez in loco sup. relato firma, que la ley no se ha de estender a mas que a las torres, y muros de las ciudades, villas, y lugares, y a las casas principales de los mayorazgos. El señor Luys de Molina *vbi sup. num.* 16. dize, que se comprehenden todos los bienes de que se constituye el mayorazgo, y lo prueba de la razon de decidir de la ley, en cuya confirmacion pondero tambien la generalidad de sus palabras, ibi: *Sean assi de mayorazgo, como lo son, o fueren las ciudades, villas, y lugares, y heredamientos, y casas, donde se labraren*, donde la palabra, *heredamientos*, no recibe restriccion alguna.

16 Pero no tenemos necessidad de disputar estas questiones, porque la de nuestro pleito está en el caso indubitable

ble, pues en el doña Luisa de Padilla, de quien deriba su derecho doña Vitoria, no trataua de cobrar su dote, imò ni aun los multiplicados; pues como aduertimos supra num don Iuan de Vargas dexò bienes bastantes para todo: de manera, que auiendo pagado a doña Luisa su dote, y arras, sobraron seis quentos y nouecientas mil y cinquenta marauedis, de que le toca a ella por su mitad 3. qs. 450 U 26. marauedis. Y ansi mesmo en nuestros terminos los mejoramientos que se pretendē fueron hechos en las casas principales del mayorazgo, cō que no estamos en caso disputable, sino en el expressamente decidido por la ley.

17 Reconociendo esto el abogado de doña Vitoria, tiene alegadas dos excepciones en que funda su justicia, la vna es, que estas mejoras no eran de la calidad delas que habla la ley del Reyno, porque fueron hechas en nueuo sitio, libre, y distinto de las casas del mayorazgo, que se incorporò con ellas. Esta alegacion fuera legitima si fuera cierta; pero no solo no está probada, pero de los mesmos instrumentos que doña Vitoria presenta, y de que se vale, se conuence y consta, que las mejoras que se pretenden se hizieron en las mesmas casas vinculadas y cōprehendidas en el mayorazgo.

18 La segunda alegacion fue dezir, que las mejoras de q̄ habla la ley, son las hechas despues que las casas se vincularon, pero las deste pleito dize, que se hizieron antes, y siendo ya casado don Iuan, que las hizo, con doña Luisa de Padilla, la qual no solo tenia derecho, pero dominio en la mitad de ellas, y asi no les pudo afectar el grauamen del vinculo.

19 Para fundar esta alegacion ha menester doña Vitoria probar tree cosas. La primera, que huuo mejoras: la segunda, que estas se hizieron antes que las casas se vincularan: y la tercera, que fue constante el matrimonio entre don Iuan, y doña Luysa, y ninguna està probada: y es muy digno de consideracion, que siendo la demanda de doña Vitoria, de mejoras que dize que ay en estas casas, no se aya probado, ni aun alegado quales fueron, en que

 con-

consisten,yquanto pudieron costar quando se hizieron. A este reparo respondio el abogado de doña Vitoria en Estrados,que no tiene necessidad de mas probança, que la escritura presentada, en que don Alonso las confiessa, ni la puede auer mayor, supuesto que don Alonso no puede aora impugnar lo que en la escritura tiene confessado, pagando con estas mejoras los multiplicados, que a su madre se le debian.

20 Pero la probança, que se funda en esta escritura, se cõuence por varios medios: el primero es dezir, que quando se otorgó aquella escritura no solo no era don Alonso posseedor del mayorazgo, ni estaua a su cargo la defensa de los bienes del, pero antes como heredero y participe de los bienes de su padre, le tocaua impugnarlo,y procurar que fuessen mas los bienes libres,y assi lo que hizo en aquella escritura fue holgarse, de que don Pedro su hermano, que entonces era el posseedor, consintiesse, q̃ parte de las casas vinculadas fuessẽ bienes libres, el qual no lo consintio,pues no otorgò la escritura: y ansi aunq̃ agora ayan concurrido en la persona de don Alonso el derecho de heredero, y el de possoedor, que son tan diuerso:,no se confunde el vno con el otro,ni le embaraçaria el auer pedido las mejoras por bienes libres, quando solo trataua del derecho de heredero, para alegar que son vinculadas oy, que se las piden como a posseedor de mayorazgo, especialmente en vn juizio en que no trata doña Vitoria de que le pague la parte que le toca de los dos mil ducados que se le adjudicaron en ellas, sino en tomar la possession de las casas por titulo de libres en esta parte, *Discreta enim sunt iura, licet plura in eadem persona concurrant, l. tutorem, ff. de his, quæ vt indigeat.*

21 El segundo medio es,dezir, que aunque cessara esta diferencia de derechos,y personas,que concurren en la de don Alonso,bastara la de los negocios,y actos, pues la escritura fue vn acto extrajudicial,hecho a diferente fin, y este vn pleito contencioso, en que se trata de despojar al mayorazgo de lo q̃ es proprio suyo; y assi no le obstara a don Alonso la llamada confession, que se pretende inferir

rir de la escritura, para impugnarla en acto tan diferente, como lo resoluio el Senado de Portugal en terminos mas apretados, pues siguiendo pleito Ticio con Seyo sobre pedirle ciento, que dezia que le auia prestado; Ticio para probarlo presentô por testigo a Sempronio, que cõ juramento dixo, qne Ticio la auia dado a el estos ciento para que se los diesse a Seyo, y se los auia dado. Vencido Ticio en este juizio, en que fue dado por libre Seyo, boluio a introducir otro contra Sempronio, pidiendole los ciento que el auia confessado en el primer pleito, que auia recebido para entregar a Seyo. y sin embargo de que la confession auia sido jurada, y en juizio, resoluio el Senado, que no perjudicaua a Sempronio, ni era bastante para coudenarle por ella, renuente *Aluaro Velasco*, que fue de contrario parecer, *en el primero tomo de sus consultaciones, consultacion 33. per totam*: y es mas a proposito deste pleito lo que refiere del Senado Mantuano *Surdo decisione* 309. Seguia e pleito entre Pedro, v.g. con el heredero de Iuan, que auia dexado por vsufructuaria de ciertos bienes a Laura su muger, la qual fue presentada por testigo en aquel juizio, y declaró, los bienes muebles que auian quedado de su marido, y lo que valian. Despues muerta Laura, el heredero de Iuan introduxo otro pleito con el suyo, pidiendole, que le restituyesse los bienes muebles, o su valor, que ella auia declarado en el pleito primero; y uo tuuo mas probança que su declaracion. En este caso se disputò si era bastante, por ser en juizio diferente, y para diferente efecto. Y auiendo puesto Surdo los fundamentos de vna, y otra opinion, pone la resolucion del Senado his verbis: *Cum veró in hanc partem* (habla de la opinion que fauorecia al actor, fundando, q̃ era bastante prueba la declaracion de Leonor) *æquitati magis quàm rationi consonam maior pars inclinaret visum omnibus fuit rem claram esse in fauorem actoris, quia confessio dominæ Lauræ alijs coniecturis, & probationibus reperiebatur confirmata respectu existentiæ mouiliũ, &c.* Donde ponderó, que sin embargo de que la declaracion de Laura auia sido con juramento, y hecha en juizio, y q̃ no era ella quien la impugnaua

naua en el ſegundo pleito, para condenar a ſu heredero, fue meneſter que concurrieſſen con la confeſsion otras conjeturas y probanças que la confirmaſen, que ſola por ſi no baſtara. Quanto ergo potiori iure podremos dezir, q̃ en la eſcritura que ſe pondera, en que ni huuo juramento de don Alonſo, imò ni aun confeſsion de mejoras, ſino que ſolo ſe aprouechò del conſentimiẽto que ſu hermano hazia, que tan bien le eſtaua a el. Podra aora impugnarſe eſte conſentimiẽto del dicho ſu hermano, en quanto es en perjuizio de ſu mayorazgo.

22 El tercer mẽdio es el que reſulta de la materia ſujeta, por ſer los bienes de que ſe trata de mayorazgo, en los quales no ſolo la confeſsion del predeceſſor, pero ni aun la executoria q̃ en virtud della, declarò los bienes por libres, no auiendo otra probança, obſtara al ſuceſſor; imò ni al meſmo confitente para defenderlos como de mayorazgo; porque aunque la ſentencia que ſe dio contra el poſſeedor del mayorazgo perjudica a los ſuceſſores: eſto ſe limita quando huuo coluſion de parte del poſſeedor, que entõces ni aun a el meſmo que coludio cauſa perjuizio, vt doctè tradit dominus Doctor Molina *de primog. lib. 4. cap. 8. num.* 8. donde añade; *Probabitur autẽ fraus, vel coluſio eo ipſo quod principalis victus non curauerit iura ſua deducere, vel exhibere, & plures alios referens Lima eius additionator*: pues q̃ mayor coluſion contra la perſona ficta del mayorazgo, que la que don Pedro intentò hazer (aunque deſpues ſe arrepintio, y no firmò la eſcritura) confeſſando, que en las caſas auia dos mil ducados de mejoras libres, para que adjudicandoſelas a ſu madre, ella ſe las cedieſſe a el, y por eſte medio ſacar del vinculo para ſi eſtos dos mil ducados, ſin valerſe de tan claros fundamẽtos para impugnar eſta pretenſiõ de ſu madre, y hermanos, y reſpeto de don Alonſo, que mayor coluſiõ ſe puede conſiderar, que aprobar la confeſsion, y diſpoſicion de ſu hermano, en orden a tener el mas bienes libres de ſu padre en que era intereſſado: y con eſte modo de proceder quien podrà dudar, que don Alonſo puede impugnar, no vna executoria, ni vna confeſsion jurada

en

en juizio, sino la disposicion de vna escritura en que interuino quando nole tocaua la defensa del mayorazgo, sino de los bienes libres en que tenia parte, y en cuyo fauor era.

23 El quarto medio para excluir la probança que se funda en esta escritura, es que quan do della resultara confessiõ de don Alonso, y faltaran todos los tres medios delos numeros antecedentes para impugnarla, probado el error como lo està con tan claros fundamentos, no le perjudicara, y le compitiera contra ella beneficio de restitucion: *Mascardus de probat. concl. 378. per totam.*

24 El quinto y vltimo medio sea, que desta escritura quã do mucho se pudiera inducir, que en las casas huuo mejoras, no empero que estas se hizieron despues de vinculadas, y constante el matrimonio de don Iuan con doña Luisa de Padilla, que es lo que diximos que auia menester probar doña Vitoria su cesonarria para fundar esta alegacion.

25 De todo lo dicho eneste articulo resulta, q̃ en este juizio en q̃ se trata de la possessiõ de estas mejoras no perjudicô a don Alonso la escritura de que dona Vitora se vale, porque de ella solo le nacio a doña Luisa accion contra todos los otorgantes, para que le hiziessen buenos los dos mil ducados que le adjudicaron en estas mejoras, que no se puede deducir en el juizio possessorio que ha intentado, y asi le quedarà reseruado para otro. En el qual supuesto, q̃ en la escritura no ay obligacion de euiccion in solidum, sino sola la que nace del contrato, se avrá de intentar contra todos los otorgantes, y herederos de los bienes libres de don Iuan de Vargas: y para esto se avrà de cõsiderar, que desp ues de hecha la particion con igualdad, dando a doña Luisa lo que huuo de auer por la mitad de multiplicados de los bienes efectiuos que se partieron en ella, se consideraron por bienes libres estos dos mil ducados, y siendolo, los mil le tocauan a doña Luysa por si propria, y los otros mil que tocauan a don Iuan, se los adjudicaron tambien sus herederos, en satisfacion de otras pretensiones, que dezian que

tenia. Y asi saliendo inciertos todos dos mil por no ser bienes libres, los mil que a doña Luisa le tocauan por su mitad, le han de faltar, sin que los herederos tengan necessidad de satisfacerle mas q̃ los otros mil, q̃ perteneciendo a ellos, se los adjudicarõ en satisfaciõ de otros derechos, y estos se han de repartir entre cinco herederos que fueron del dicho don Iuan, entre los quales fue mejorado en el tercio y quinto don Pedro, como aduertimos supaa num. demanеca que apenas le tocaràn a don Alonso cien ducados.

26 Pero quando sin perjuizio de la verdad, que queda bastantemente fundada: esta alegaciõ de q̃ vuo mejoras, y q̃ estas se hizierõ constante el matrimoniode don Iuan de Vargas, y doña Luysa de Padilla, y despues de vinculadas las casas estuuiera probada en el hecho, no procede enel derecho. Lo vno, porq̃ supuesto q̃ las casas eran proprias de don Iuan, qualesquiera mejoras hechas en ellas constante el matrimonio, y antes que se vincularan eran tambien suyas como las mesmas casas, a quien se acrecẽ, sin que doña Luysa su muger tuuiesse mas derecho que a la mitad de la estimacion de ellas: conforme a la decision expressa de la *ley 9. tit. 4. lib. 3. del fuero*, que aun en terminos mas rigurosos dispone, que si constante el matrimonio se hizo de nueuo, y edificò coustante el matrimonio vna casa en area, o suelo del vno de los conyuges se le adquiere a el el dominio de todo lo edificado, pagãdo al otro la mitad de lo que se gastò en el edificio: y el señor Rodtigo Suarez comentando la ley primera del titulo de las ganancias, *del lib. 3. del fuero, en el num.* 60. dize, que por esta ley por su consejo, y de otros hombres doctos, se juzgó asi en cierto pleito. *Y Iuan Garcia en el tratado de expensis, & meliorationibus, cap. 13. num. 41.* poniẽdo esta mesma conclusion, dize; *Textus est nobis nostro iure vsu receptus, l. 9. tit. de las labores, lib. 3. foro legum, quem sæpius in hoc Senatu Regio forensi vsu receptum animaduerti.* Con que está probada la obseruãcia de nuestra ley, demas de que es conforme al derecho comun, que tambien dispone, que, *ædificium cedit solo inquo erectum est, l. ab eo 8. §. cum in suo, & §.*

*& §. ex diuerso, ff. de adquirendo rerum dominio*: pues si la casa de nueuo edificada, constante el matrimonio, es impropriedad de aquel compañero, cuyo era el suelo en que se edificò, no puede tener duda que las mejoras hechas en la ya edificada, procederá lo mesmo, y consequentemente, que aunque en las casas de que tratamos se huuieran hecho algunas, vendrian a ser en especie, y propriedad de don Iuan de Vargas, cuyas eran las casat, y consequentemente, que el las pudo vincular, sin que doña Luysa tuuiesse dominio ninguno en ellas, sino derecho para que de los demas bienes multiplicados se le satisficiesse la mitad de lo que costaren.

27 Esta disposicion de la ley del fuero, procede con mas llaneza en nuestro caso; pues si doña Vitoria quiere, que las mejoras se ayan hecho antes que las casas se vinculassen, es preciso que confiesse, que se hizieron en casa agena, pues antes que se vinculasen no eran de don Iuan, sino de Pedro de Sotomayor su padre, que en su testamẽto se las dexò vinculadas; y asi quando las casas llegarõ a don Iuan, ya llegaron afectas con el vinculo: con que si las mejoras se hizieron siendo suyas, se hizieron en casas vinculadas: y estamos en los terminos de la ley 46. de Toro, si se hizieron antes del vinculo, no eran de don Iuan que las hizo: y en este caso no solo su muger, pero ni aun el pudo adquirir dominio en ellas, y solo le pudiera competir derecho de retencion hasta que se le pagase lo gastado en mejorarlas. el dho D. Ju.ᵒ [illegible]

28 Lo segundo, se excluye la alegacion de doña Vitoria en el derecho, por la disposicion *de la ley 5 tit. 9. lib. 5. recopilationis*, que concede la administracion de los bienes ganados durante el matrimonio al marido, que los puede enagenar sin consentimiento de la muger; saluo si fuere hecho en fraude suya: de que se infiere, que aunque las mejoras sobre que se litiga no fueran de don Iuan de Vargas, por ser accessorias a las casas que eran proprias suyas, como diximos en el numero antecedente, sino que fuera vna possession aparte, adquirida constante el matrimonio, pudiera don Iuan vincularlas, y valdria el vinculo.

29 Dispu-

Vaf.

29 Disputan los Doctores en los terminos desta ley, si en la generalidad de enagenar, se comprehende la donaciõ *Antonio Gomez en la ley 53, de Toro, y Iuan Garcia de expensis, cap. 31. num.* 18 dizen, que si, y que podrà el marido como administrador de los bienes comunes hazer donacion de ellos: otros muchos regnicolas sintieron lo contrario, y *el señor Doctor Luys de Molina de primog. lib. 2. cap.* 10. conciliando estas dos opiniones, dixo, que la primera de Antonio Gomez procede en las donaciones hechas a los hijos para sus dotes, o donaciones, propter nuptias, o en las que son de pocas cantidades, y por justas causas: de manera, que ni enel afecto, ni el efecto quede defraudada la muger. Y la segunda en las excesiuas hechas a estraños, y sin justa causa. Y esta concordia siguio despues de otros que el refiere, *Iuan Gutierrez practicarum lib. 2. q.* 121. y conforme a ella no estamos en los terminos de la regla, sino dela limitacion, pues la adjudicacion que don Iuan de Vargas hizo de estas mejoras fue a vn hijo comun, y por vna causa tan justa como conseruar las casas antiguas de sus abuelos, en su familia y descendencia, y de cantidad tan limitada, respeto de la persona, y de la cantidad de la hazienda, que no le tocan en la adjudicacion a doña Luysa su muger mas de mil ducados, importando los libres que dexò partibles siete quentos de marauedis.

30 Otra concordia haze Iuan Gutierrez en el mesmo lugar num. 6. entre la opinion *de Tello Fernandez l. 19. Tauri, num. 7. y el señor Doctor Luys de Molina vbi supra*, que indistinctè dixeron, que el padre no puede mejorar en el tercio y quinto, ni hazer mayorazgo en vno de los hijos de os bienes comunes, mas que por la mitad que le toca: ly *Angulo in l. 3. glossa 4. num. 1. tit. 6. lib. 5. recopil. y Velazquez de Auendaño l. 7. Tauri, glossa 4. num. 5: y Ayora de partitionibus, 2. p. q.* 41. dixeron lo contrario, con que aya en los bienes comunes cantidad bastante para satisfacer en otros a la muger la mitad que le pudiera tocar de los de la mejora. Iuan Gutierrez pues, concordando estas dos opiniones, dize, que la primera procede quando a la muger

ger, o sus herederos les importa mucho tener su mitad en aquellos bienes en que el marido señaló la mejora, q̃ entonces no se le da bastante satisfacion comutandosela en otros, y assi en perjuizio suyo no se pudo hazer la mejora, y señalamiento. Y la segunda, quando no le importa mas a la muger tener la mitad de su multiplicado en vnos bienes, que en otros, que entonces valet in totum melioratio, & assignatio, seu adjudicatio. Tambien en los terminos desta concordia de Iuan Gutierrez procede con llaneza la justicia de don Alonso, y le fauorecen ambas opiniones, pues a doña Luisa de Padilla no solo no le importa mas que los mil ducados de la mitad de estas mejoras, se le adjudiquen en ellas en especie que en dineros, o en otros bienes; pero esto segundo le està mucho mejor, vt per se patet.

31 Y aunque Ayora, vbi supra, en esta vltima question de la mejora, dize, que si fue hecha por contrato, valdrá la adjudicacion en perjuizio de la muger, dandole satisfacion en otros bienes; no empero si fue hecha en testamento: la razon de diferencia que dà es tan flaca como se podrà ver en *Iuan Garcia dicto tractatu de expensis, cap. 13 num. 20.* donde afirma, que tambien por testamento podra el marido prelegar a vn hijo el fundo adquirido cõstante matrimonio, en perjuizio de la muger, con que a ella se le dè satisfacion de la mitad que le toca en otros bienes: y responde a el fundamento de que se vale Ayora. Y si despues de disuelto el matrimonio quando se adquiere a los herederos del conyuge muerto, con la mitad de los bienes adquiridos en el, irreuocablemente puede el padre, quê quedò superstite dotar a la hija, o hazer donacion, propter nuptias, al hijo de los dichos bienes, porque para en quanto a esto dura su administracion, vt docet *Barbosa l. 1. ff. soluto matrimonio, 4. p. num. 146. & 147. cum Gregorio Lopez, Couarrubias, & alijs*, quos refert: quien podra dudar, que constante el, pudo don Iuan de Vargas vincular astas mejoras en vno de los hijos comunes, en tan grande beneficio de todos, siendo de tan poca cantidad, y auiendo bienes con que satisfacerle a su

muger la parte que le pudiera tocar de ellas, aun en caso que se huuieran hecho constante su matrimonio, y antes del vinculo de las casas: cõ que queda bien fundada la nullidad de la escritura, en que se funda doña Vitoria, y el titulo de mayorazgo de don Alonso, q̃ auemos fundado en este primero articulo.

## ARTICVLO SEGVNDO.

*Que las alegaciones, y excepciones fundadas enel primero, se pueden oponer en este juizio.*

32 DIZE doña Vitoria, que todas estas excepciones miran a la propriedad de estas mejoras, y no se pueden oponer en este juizio de possession, donde solo se trata de la escritura.

33 Pero esta oposicion mas fauorece el intento de don Alonso, que el de doña Vitoria. Suponiendo dos cosas, la vna, que el remedio que doña Vitoria intenta es adipiscendæ, y don Alonso el retinendæ. De que resulta la otra, que es, ser doña Vitoria en este juizio actora, y don Alonso reo; ambos supustos se prueban. Porque aun en vida de Pedro de Sotomayor consta de la clausula de su testamento, que possee estas casas el mayorazgo de dõ Alonso, en quien el dicho su abuelo las vinculò. Lo mesmo se prueba con la particion que se hizo de sus bienes, en que se le adjudicaron como vinculadas a don Iuan de Vargas: el las posseyò con este titulo mientras viuio, como consta de la escritura de ratificacion, y nueuo aumẽto de mayorazgo que el otorgò en virtud de la facultad Real. Por su muerte las posseyò don Pedro su hijo mayor, y por la de este, demas de la possession ciuil y natural que la *ley* 45. *de Toro* transfirio en don Alonso: el aprehendio la actual judicialmente, como consta de los testimonios, que se refieren sup. num. sin que en todo el processo se aya probado, ni alegado acto de possession de parte de doña Vitoria, ni de sus causadores destas mejoras, ni mas que la escritura en que su madre se las cedio

dio a don Pedro: la qual, demas de que no se otorgô por el, aunque estuuiera otorgada, no le pudiera constituir posseedor de las dichas mejoras como bienes libres, ni auer mudado la causa de possession que antes tenia, y cõtinuaua, como vinculadas: y de qualquiera manera quãdo don Pedro huuiera hecho algun acto de possession, no se puede dudar, que despues don Alonso tomando la possession y amparo de las casas en el estado en que está la tiene tambien de las mejoras que se pretende que ay en ellas; y consequentemente, que doña Vitoria que se la pretende quitar, es la actora en el juizio.

34 De estos dos supuestos se prueba biẽ claro, que el priuilegio del juizio que se alega, quando procediera en este caso, antes era en fauor de don Alonso, que siendo reo y posseedor le bastara poner en duda la justicia de doña Vitoria, para que fuesse el reo amparado en su possessiõ, y ella excluida de su demanda. Para lo qual aun no auia menester justificar con tanta euidencia los titulos de su possession, pues le basta hallarse en ella, y hazer controuersos los que presenta doña Vitoria para excluirle.

35 Pero apurando mas este punto, quando fuera doña Vitoria quien possee estas mejoras, y don Alonso el que como actor pretendiesse excluirle de ellas, siendo como es, este juizio plenario, quod habet admixtã causam proprietatis, aunq̃ sea de possesion, es llano que se admiten en el todas las excepciones que conciernen la propriedad, probadas en los terminos del: *Molina lib. 3. cap. 13. n. 68. Antonio Gomez l. 45. Tauri. n. 145. Paz in l. 200. stili à nu. 167. vsq; in finem.* Y mas de proposito *en el tratado de tenuta 1. p. c. 20. per totum*: donde discurriendo por todas las excepciones, que requieren mas exacto conocimiento de causa, resuelue, q̃ despues de la 9. *y* 10. *tit. 7, lib. 5. recop.* aũ en el juizio de la tenuta, q̃ es sumario, porq̃ a este se ha reducido el plenario de la possesion, se admiten en el todas, como se admiten en estotro.

36 Tambien se prueba, q̃ si el ser el juizio possessorio, aũq̃ plenario, pudiera ser embaraço para oponer y examinar excepciones de propriedad, esto fauoreciera antes al intento

tento de don Alonſo, q̃ el de doña Vitoria, con la diſpoſicion *de la ley 45. de Toro, q̃ es la 8. tit. 7, lib. 5. recop.* en quãto dize, q̃ la poſſeſsion de los bienes de mayorazgo paſſa en el legitimo ſucceſſor del, aunque el poſſeedor en ſu vida las vuieſſe entregado a otro, y eſte tomado la poſſeſsion de ellas, que es el caſo deſte pleito; pues auiendoſe poſſeido eſtas mejoras por bienes de mayorazgo, y eſtando expreſſamente vinculadas en la fundacion de el, pretende doña Vitoria, que don Pedro poſſeedor dellas, y de el dicho mayorazgo, las dio y entregó a doña Luiſa de Padilla ſu madre, de quien ella las vuo: y aſsi aunq̃ con eſto doña Luiſa vuiera tomado la poſſeſsion de ellas, y ſe vuiera continuado en doña Vitoria, viniendo don Alonſo, a quien la ley ſe la transfiriò, a pedirlas, no le obſtara, que el anteceſſor las vuieſſe enagenado, ni doña Vitoria le podrà oponer titulo adquirido deſpues dela fundaciõ, y ſino quiſiere que ſe admitan las excepciones que conciernen al valor deſte titulo, avria de executarſe la diſpoſicion de la ley, y ſer amparado don Alonſo en la poſſeſsion que ella le transfirio. Quanto ergo potiori iure en nueſtro caſo, en que quien ſe halla poſſeyendo es don Alonſo; y ſiendo doña Vitoria quien le pretende excluir de ſu poſſeſsion, no quiere que ſe examine la calidad de ſu titulo, ſino que ſe execute ſin examen, como ſi fuera mas exequible, o mas juridico que el de la fundacion de el mayorazgo, y tantas poſſeſsiones de los que han ſucedido en el, y del meſmo don Alonſo, en que juſtamente pretende que ha de ſer reamparado. Et ita fieri ſperamus. Salva, &c.